

## Tilburg University

### Autonoom toezicht op autonoom toezicht?

Wolswinkel, Johan

*Published in:*  
Tijdschrift voor Toezicht

*DOI:*  
[10.5553/TvT/187987052020011001006](https://doi.org/10.5553/TvT/187987052020011001006)

*Publication date:*  
2020

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Wolswinkel, J. (2020). Autonoom toezicht op autonoom toezicht? Enkele bestuursrechtelijke beschouwingen mede naar aanleiding van SyRI. *Tijdschrift voor Toezicht*, 2020(1), 36-41.  
<https://doi.org/10.5553/TvT/187987052020011001006>

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Essay

## Autonoom toezicht op autonoom toezicht?

Enkele bestuursrechtelijke beschouwingen mede naar aanleiding van SyRI

Johan Wolswinkel\*

Het bestuursrecht is niet alleen van belang voor de vraag aan welke normen overheidstoezicht met behulp van autonome (zelflerende) systemen is onderworpen, maar ook voor de vraag wie deze normen stelt en effectueert. Niettemin lijkt de dominante opvatting momenteel dat het bestuursrecht onvoldoende in staat zou zijn om het gebruik van zelflerende systemen adequaat te reguleren. Dit essay schetst hoe de rechtsontwikkeling ten aanzien van autonoom overheidstoezicht vorm kan krijgen als een (zelflerend) proces van laveren tussen analoge en digitaal bestuursrecht, waarbij de bestuursrechtelijke verworvenheden van het analoge toezicht worden geconfronteerd met de uitdagingen van het digitale toezicht.

### Inleiding

Op 5 februari 2020 deed de Rechtbank Den Haag uitspraak in de veelbesproken *SyRI*-zaak. Volgens de rechtbank is het Systeem Risico Indicatie (SyRI), het veelbesproken systeem dat kan worden ingezet om fraude binnen het socialezekerheidsdomein op te sporen, in strijd met het recht op bescherming van privéleven zoals neergelegd in artikel 8 EVRM.<sup>1</sup> Naast (vele) andere vragen roept de *SyRI*-uitspraak ook de vraag op wat de betekenis is van het bestuursrecht als het gaat om de rechtsontwikkeling ten aanzien van overheidstoezicht

met behulp van zelflerende systemen.<sup>2</sup> Enerzijds valt namelijk op dat juist de civiele rechter (en niet de bestuursrechter) is gevraagd om een oordeel uit te spreken over de toelaatbaarheid van SyRI, anderzijds dat de rechter in staat blijkt om ‘moderne’ toezichtssystemen te toetsen aan ‘klassieke’ rechtsnormen.

Waar soms wordt betoogd dat het bestuursrecht onvoldoende in staat zou zijn om het gebruik van algoritmen door de overheid (en als onderdeel daarvan dus ook overheidstoezicht met behulp van zelflerende systemen) voldoende te begrenzen,<sup>3</sup> bepleit dit essay de noodzaak om te laveren tussen analoge en digitaal bestuursrecht. Daarbij richt deze bijdrage zich niet op digitaal of geautomatiseerd toezicht (en de hiermee gepaard gaande besluitvorming) in het algemeen, maar specifiek op digitaal of geautomatiseerd toezicht<sup>4</sup> met behulp van zelflerende (autonome) systemen.<sup>5</sup> Hoewel overheids- toezicht ruim kan worden opgevat en daarbinnen autonome systemen op een veelheid aan manieren kunnen

\* Prof. mr. dr. C.J. Wolswinkel is hoogleraar Bestuursrecht, markt en data. Dit essay vormt een op overheidstoezicht toegespitste bewerking van zijn oratie ‘Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoge en digitaal bestuursrecht’, uitgesproken op 17 januari 2020 aan Tilburg University.

1. Rb. Den Haag 5 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

2. In deze bijdrage gebruik ik de begrippen ‘autonome systemen’ en ‘zelflerende systemen’ of ‘zelflerende algoritmen’ als synoniemen.

3. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2019/20, 26643 en 32761, nr. 641, p. 3.

4. De termen ‘digitaal toezicht’ en ‘geautomatiseerd toezicht’ hanteer ik als synoniemen; ze hebben betrekking op toezicht met behulp van computersystemen. Dit toezicht kan gedeeltelijk of volledig geautomatiseerd plaatsvinden.

5. Zie R.A. Williams, ‘Rethinking deference for algorithmic decision-making’, *Oxford Legal Studies Research Paper* 2019, nr. 7, beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=3242482>, die spreekt over ‘automated autonomous decision-making’ (AADM) als een deelverzameling van ‘automated decision-making’ (ADM). Hoewel autonomie ook kan worden geassocieerd met volledig geautomatiseerde besluitvorming, stelt dit essay autonome systemen gelijk met zelflerende systemen, die in een context van zowel gedeeltelijk als volledig geautomatiseerde besluitvorming kunnen worden ingezet.

worden ingezet,<sup>6</sup> richt dit essay zich verder primair op het klassieke handhavingstoezicht, dus op het verzamelen van informatie over de naleving van wettelijke voorschriften en het vormen van een oordeel hieromtrent.<sup>7</sup> Voordeel van die benadering is dat het contrast tussen het analoge en het digitale bestuursrecht ten aanzien van overheidstoezicht het scherpst naar voren komt. In dat verband wordt zowel ingegaan op het recht dat op autonoom overheidstoezicht van toepassing is als op de instantie die dit recht stelt en effectueert (ofwel op toezicht op autonoom toezicht).

## Analoog en digitaal bestuursrecht

Het analoge bestuursrecht wordt gevormd door de verzameling van rechtsregels die niet of niet specifiek betrekking hebben op digitaal bestuur, dus op besturen in een digitale of geautomatiseerde context.<sup>8</sup> Hierbij moet dus niet alleen worden gedacht aan rechtsregels die een niet-geautomatiseerde context veronderstellen, zoals de regels in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) die uitgaan van fysiek toezicht, bijvoorbeeld in de vorm van het betreden van plaatsen.<sup>9</sup> Ook vallen onder dit analoge bestuursrecht algemene rechtsregels of algemene beginselen van behoorlijk bestuur die *niet specifiek* betrekking hebben op een digitale context, hoewel ze wel in die context kunnen worden toegepast.

Complementair aan dit analoge bestuursrecht omvat ‘digitaal bestuursrecht’ alle bestuursrechtelijke regels die *specifiek* betrekking hebben op besturen in een digitale of geautomatiseerde context.<sup>10</sup> Ook bestuursrechtelijke regels ten aanzien van overheidstoezicht met behulp van geautomatiseerde of zelfs zelflerende systemen bevinden zich binnen dit domein van digitaal bestuursrecht. Binnen het spectrum van geautomatiseerde besluitvorming (en dus ook geautomatiseerd toezicht) wordt wel een nader onderscheid gehanteerd tussen *rule-based* en *case-based* algoritmen<sup>11</sup> naast het onderscheid tussen gedeeltelijk en volledig geauto-

matiseerde besluitvorming.<sup>12</sup> Waar *rule-based* algoritmen binnen de wereld van artificiële intelligentie aansluiten bij traditionele expertsystemen<sup>13</sup> en kunnen worden ingezet voor zowel gedeeltelijk als volledig geautomatiseerde besluitvorming, staan *case-based* algoritmen in het teken van zelflerende of autonome systemen, die kunnen leren van eerdere ervaringen en daardoor hun voorspellende prestaties kunnen verbeteren.<sup>14</sup> Coglianese en Lehr stellen dat voor het bestuursrecht drie kenmerken van deze nieuwe generatie overheidstoezicht op basis van *machine learning* van belang zijn. Het *zelflerende* element van *case-based* algoritmen is het eerste kenmerk waardoor *machine learning* zich onderscheidt van eerdere vormen van geautomatiseerde verwerking van data (gegevens). Zelflerende algoritmen blijken geregeld beter de relatie tussen variabelen te kunnen voorspellen dan klassieke methoden. De accuraatheid van zelflerende algoritmen heeft echter een prijs in de zin dat de verbanden tussen de verschillende variabelen niet altijd intuïtief uitlegbaar zijn. Dit tweede kenmerk duiden Coglianese en Lehr aan als het *black box* karakter van zelflerende algoritmen. Tot slot worden zelflerende algoritmen geautomatiseerd uitgevoerd en kan deze snelheid van besluitvorming ertoe leiden dat de ruimte (tijd) voor menselijke beraadslagingen beperkt is.<sup>15</sup>

## Autonoom toezicht

Binnen het analoge bestuursrecht van de Algemene wet bestuursrecht vormt het handhavingstoezicht in zekere zin een vreemde eend in de bijt. Binnen het bestuursrecht (en de Algemene wet bestuursrecht in het bijzonder) is namelijk een centrale rol weggelegd voor het zogeheten ‘besluit’: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.<sup>16</sup> Bij toezichthandelingen zal daarentegen doorgaans sprake zijn van (niet-schriftelijke) feitelijke handelingen, die niet direct een wijziging in de

6. Zo kunnen autonome systemen ter ondersteuning van vergunningverlening fungeren als een vorm van preventief toezicht.
7. F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingstoezicht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 17.
8. Deze paragraaf is grotendeels ontleend aan C.J. Wolswinkel, *Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht*, oratie uitgesproken op 17 januari 2020 aan Tilburg University, beschikbaar via [https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/32156565/190578\\_Binnen\\_werk\\_oratie\\_klassiek\\_Johan\\_Wolswinkel\\_v5.pdf](https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/32156565/190578_Binnen_werk_oratie_klassiek_Johan_Wolswinkel_v5.pdf) (hierna: Wolswinkel 2020a).
9. Zie art. 5:15 Awb.
10. Zo bepaalt art. 3 Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (WAHV) expliciet dat de ambtenaren die belast zijn met het toezicht op de naleving van verkeersvoorschriften, bevoegd zijn tot het opleggen van een administratieve sanctie ter zake van de door hen *of op geautomatiseerde wijze* vastgestelde gedragingen aan personen die de leeftijd van twaalf jaren hebben bereikt (zie hierover ook HR 16 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:240, NJ 2016/404, m.nt. B.F. Keulen).
11. *Kamerstukken II* 2018/19, 26643 en 32761, nr. 570, p. 2-3.

12. In geval van gedeeltelijk geautomatiseerde besluitvorming wordt ook wel gesproken over een ‘human in the loop’.
13. C. Grosan en A. Abraham, *Intelligent Systems. A Modern Approach*, Berlijn/Heidelberg: Springer 2011, p. 149.
14. Zie M.J. Vetzo, J.H. Gerards en R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 43: ‘ML [Machine learning; CJW] is gebaseerd op algoritmes die in staat zijn om te leren op basis van eerdere ervaringen, zogenaamde zelflerende algoritmes. Het is dit zelflerende karakter dat ML-algoritmes onderscheidt van ‘traditionele’ computer-algoritmes. Op basis van ML kunnen computersystemen op basis van eerder uitgevoerde handelingen, anders reageren onder gelijke omstandigheden en zich aanpassen aan nieuwe omstandigheden.’ Zie voor een dergelijke karakterisering ook Advies Raad van State betreffende digitalisering, *Stcrt.* 2018, 50999 (hierna: Raad van State 2018), p. 8.
15. C. Coglianese en D. Lehr, ‘Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era’, *The Georgetown Law Journal* 2017, p. 1156-1160 en 1167. Zie hierover ook C.J. Wolswinkel, ‘AR meets AI. Een bestuursrechtelijk perspectief op een nieuwe generatie besluitvorming’, *Computerrecht* 2020/4, afl. 1, p. 23.
16. Art. 1:3 Awb.

rechtspositie van burgers teweegbrengen.<sup>17</sup> Die wijziging in rechtspositie doet zich immers pas voor indien naar aanleiding van het handhavingstoezicht een sanctie wordt opgelegd. Waar binnen het bestuursrecht de tendens in de richting van datagedreven bestuur juist het besluitbegrip ter discussie stelt,<sup>18</sup> raakt die tendens dus niet direct het handhavingstoezicht.

In andere opzichten heeft datagedreven bestuur wel een uitwerking op het handhavingstoezicht. Zo lijken de toezichtbevoegdheden van titel 5.2 Awb primair toegesneden op fysiek toezicht, hoewel een bevoegdheid als het vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden zich ook kan uitstrekken tot digitaal vastgelegde gegevens (data).<sup>19</sup> Toch lijken de in de Awb opgenomen toezichtbevoegdheden soms te beperkt voor digitaal toezicht. Zo zag de wetgever zich genooddaakt om in de Wet op de kansspelen buiten twijfel te stellen dat de bevoegdheid om ‘zaken’ aan onderzoek te onderwerpen,<sup>20</sup> ook betrekking heeft op de software die gebruikt wordt bij de deelname, de trekking en uitbetaling van een kansspel en de software die de uitkomst van een spel bepaalt.<sup>21</sup>

Waar bovenstaande impact geldt voor digitaal toezicht in het algemeen, brengt het fenomeen van autonome, dus zelflerende systemen een tweetal aanvullende uitdagingen met zich. Allereerst zijn de toezichtbevoegdheden van titel 5.2 Awb met name gericht op het verzamelen van informatie (gegevens),<sup>22</sup> maar is de meerwaarde van autonome systemen juist gelegen in de sfeer van het (geautomatiseerd) verwerken van deze informatie.<sup>23</sup> Wellicht nog van groter belang is dat de Algemene wet bestuursrecht de toezichthouder centraal stelt en definieert als de ‘persoon’ die is belast met het houden van toezicht. Toezichthouders zijn in de ogen van de wetgever dus natuurlijke personen, terwijl bepaalde algemene toezichtbevoegdheden, zoals het

betreden van plaatsen, zich uitsluitend lenen voor uitoefening door mensen.<sup>24</sup>

Dat roept de vraag op welke ruimte bestaat voor autonoom geautomatiseerd toezicht. Staat het analoge bestuursrecht in de weg aan autonoom overheidstoezicht of schiet het tekort als het gaat om de normering van autonoom overheidstoezicht?<sup>25</sup> Voor het antwoord op die vraag is van belang dat de uitoefening van handhavingstoezicht, zelfs indien digitaal bestuursrecht ten aanzien van zelflerende algoritmen ontbreekt, ook is onderworpen aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, zijn niet alleen van toepassing op het nemen van besluiten, maar ook op het verrichten van andere handelingen door bestuursorganen,<sup>26</sup> waaronder het verrichten van toezichthandelingen.<sup>27</sup> Juist deze ‘technologieneutrale’ of ‘technologie-agnostische’ beginselen<sup>28</sup> kunnen een brug slaan tussen het analoge en het digitale toezicht. De uitspraak van de rechtbank in de *SyRI*-zaak laat zien dat hetzelfde geldt voor fundamentele grondrechten, aangezien de rechtbank in staat blijkt om een vorm van digitaal toezicht te toetsen aan algemene fundamentele waarden (en de AVG slechts als ondersteunend aan de toetsing aan artikel 8 EVRM beschouwt).

Wat nodig is, zou ik willen omschrijven als laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht.<sup>29</sup> Met een beetje fantasie kan dat proces worden omschreven als een zelflerend systeem. Vertrekpunt (*input*) van een ‘zelflerend bestuursrecht’ voor autonoom overheidstoezicht vormen de rechtsregels van het analoge bestuursrecht. Dit analoge referentiepunt heeft vanouds betrekking op louter menselijk toezicht zonder gebruikmaking van een computersysteem (machine) en moet daarom worden getransformeerd of geoperationaliseerd in een digitale context. Die contextualisering van analoog bestuursrecht in een digitale werkelijkheid leidt tot digitaal bestuursrecht (*output*). Dit digitale bestuursrecht kan wel of niet voldoende zijn om het hoofd te bieden aan de uitdagingen waarvoor autonoom overheidstoezicht het bestuursrecht stelt. Wat nodig is in een digitale context, geldt als het digitale referentiepunt. Dit ideaaltypische referentiepunt vormt echter vooralsnog een onbekend gegeven, dat we met een contextualisering van analoge rechtsregels zo goed mogelijk proberen te benaderen. Voor zover die contextualisering

17. Michiels, Blomberg en Jurgens 2016, p. 51. Zie in deze zin ook *SyRI*, r.o. 6.59: ‘Hoewel naar het oordeel van de rechtbank de inzet van *SyRI* (...) als zodanig niet op rechtsgevolg is gericht – niet civielrechtelijk en evenmin bestuurs- of strafrechtelijk – heeft een risicomelding wel een aanmerkelijk effect op het privéleven van degene op wie de melding betrekking heeft.’

18. Zie over de bestuursrechtelijke fixatie op rechtshandelingen: F. Capkurt en Y.E. Schuurmans, ‘Blinde vlek in de Awb: data’, in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 255.

19. Zie nader hierover E. Beumer, ‘De digitale werkwijzen van de ACM en de AFM bekeken met een AVG-bril’, *TvT* 2019/1, p. 26-32, en M.L. Batting, ‘De digitale werkwijze: bestuursrechtelijk toezicht aan de hand van digitale gegevens: Gerechtshof Den Haag 12 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:47’, *TvT* 2019/1, p. 33-36.

20. Art. 5:18 Awb.

21. Art. 34a Wet op de kansspelen. Verder bepaalt art. 34b Wet op de kansspelen dat toezichthouders bij de uitoefening van hun taak toegang hebben tot de elektronische apparatuur, met inbegrip van netwerken, die naar vermoeden gebruikt wordt bij kansspelen.

22. D. Lehr en P. Ohm, ‘Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning’, *University of California Davis Law Review* 2017, p. 677, beschouwen dataverzameling slechts als een van de acht stappen in het gebruik van algoritmen.

23. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid maakt in dit verband een driedeling tussen het verzamelen, analyseren en gebruiken van data: WRR, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, WRR: Den Haag 2016.

24. Michiels, Blomberg en Jurgens 2016, p. 21-22.

25. Zie in deze richting F. Capkurt, ‘Bestuursrechtelijke uitdagingen bij de normering van de data-gedreven overheid’, in: R.J.N. Schlössels e.a., ‘25 jaar Algemene wet bestuursrecht. Verschillende generaties over een jarige wet’, *NTB* 2019/11, afl. 1, p. 121, die de regeling van het handhavingstoezicht in de Awb aanduidt als een ‘papieren tijger’.

26. Zie art. 3:1 lid 2 Awb.

27. Michiels, Blomberg en Jurgens 2016, p. 43-44. Het evenredigheidsbeginsel is zelfs expliciet verankerd voor handhavingstoezicht in titel 5.2 Awb.

28. Zie voor deze uitdrukking J. Cobbe, ‘Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making’, *Legal Studies* 2019, nr. 4, p. 637 en 640.

29. Deze alinea is grotendeels ontleend aan Wolswinkel 2020a, p. 29-30 en 38-39.

niet voldoende is, moeten we een *feedback-loop* creëren en terug naar het analoge bestuursrecht om te zien of een andere, verscherpte interpretatie van de aanvankelijk gekozen rechtsregel mogelijk is dan wel een andere rechtsregel beschikbaar is die, wanneer gecontextualiseerd in een digitale werkelijkheid, beter recht doet aan de eigen aard van (een bepaalde vorm van) geautomatiseerd overheidsstoezicht. Anders gezegd: kunnen we de afwijking tussen dit digitale referentiepunt en het digitale bestuursrecht zoals dat wordt afgeleid uit het analoge bestuursrecht, verkleinen door een ander gewicht (andere interpretatie) toe te kennen aan de rechtsregels uit het analoge bestuursrecht? Daarmee wordt de rechtsontwikkeling van digitaal bestuursrecht dus een iteratief proces in dialoog met het analoge referentiepunt.

Illustratief in dit verband is dat de rechter in de *SyRI*-uitspraak expliciet ingaat op het (potentieel) zelflerende karakter van *SyRI*. De rechtbank komt in dit verband tot de conclusie dat er geen aanknopingspunten zijn dat er bij de uitvoering van de *SyRI*-wetgeving op dit moment sprake is van ‘*deep learning*’, maar dat de *SyRI*-wetgeving wel de ruimte biedt voor de ontwikkeling en toepassing van een risicomodel waarbij sprake is van ‘*deep learning*’ (in de zin van zelflerende algoritmen).<sup>30</sup> Met andere woorden: zelfs als binnen *SyRI* momenteel geen sprake is van zelflerend (autonoom) toezicht, biedt de *SyRI*-wetgeving wel de mogelijkheid van zelflerend toezicht. Die omstandigheid weegt voor de rechtbank mee in haar oordeel over de mate en ernst van de inmenging van *SyRI* in het privéleven. Aangezien het verzamelen en analyseren van gegevens met behulp van die nieuwe technologieën diep kan ingrijpen op het privéleven van degenen op wie die gegevens betrekking hebben, rust op de wetgever een bijzondere verantwoordelijkheid.<sup>31</sup> Met andere woorden: wanneer de overheid gebruikmaakt van zelflerende algoritmen, moeten aan het optreden van de wetgever die deze vorm van overheidsstoezicht toestaat, zwaardere eisen worden gesteld.

Tegelijk is het *rule-based* of *case-based* karakter van de algoritmen in *SyRI* uiteindelijk niet bepalend voor de uitkomst in deze zaak. De Staat heeft namelijk betoogd dat *SyRI* slechts het karakter zou hebben van een ‘eenvoudige beslisboom’ (ofwel een *rule-based* algoritme), maar tegelijk geweigerd inzage te verschaffen in de werking van het systeem.<sup>32</sup> Vanwege dit gebrek aan inzicht en controleerbaarheid ontbreekt steun voor de conclusie dat de inmenging die de inzet van *SyRI* in het recht op respect voor het privéleven mee kan brengen noodzake-

lijk, evenredig en proportioneel is in verhouding tot de doelen die de wetgeving dient. Anders gezegd: omdat ten aanzien van *SyRI* iedere vorm van transparantie ontbreekt, doet uiteindelijk niet terzake of het algoritme een *rule-based* of *case-based* karakter heeft.

Wanneer wel enige vorm van transparantie zou worden betracht, wordt het onderscheid tussen *rule-based* en *case-based* algoritmen wel relevant. In het debat over *rule-based* en *case-based* algoritmen wordt in dit verband betekenis toegekend aan het onderscheid tussen technische transparantie en uitlegbaarheid (‘lekentransparantie’).<sup>33</sup> Welke vorm van transparantie, inzichtelijkheid en controleerbaarheid kan worden geboden in geval van handhavingstoezicht met autonome, zelflerende systemen? Kan in dat geval onverkort worden vastgehouden aan het analoge referentiepunt of vergt digitaal toezicht andere normering? Veelzeggend is in dit verband de overweging van de rechtbank dat de *SyRI*-wetgeving zonder inzicht in de risico-indicatoren en het risicomodel, *althans* zonder nadere wettelijke waarborgen die dit *gebrek aan inzicht* compenseren, onvoldoende handvatten biedt voor de conclusie dat met de inzet van *SyRI* de inmenging in het privéleven in het licht van het misbruik en de fraude die wordt beoogd te bestrijden steeds proportioneel en daarmee noodzakelijk is, zoals artikel 8 lid 2 EVRM vereist.<sup>34</sup> Deze overweging laat zien dat de rechtbank erkent dat er een gebrek aan inzicht kan bestaan, maar dat dit gebrek moet worden gecompenseerd. In het algemeen kan in dit verband worden gedacht aan de problematiek van ‘*gaming the system*’: wie kennis heeft van de wijze waarop het toezicht wordt georganiseerd, kan zijn handelen hierop afstemmen.<sup>35</sup> In het geval van zelflerende algoritmen komt hier echter een tweede dimensie bij. Vanwege de inherente complexiteit van zelflerende algoritmen zal in bepaalde gevallen volledig begrip van de werking van het algoritme onbereikbaar zijn. Het bieden van inzage in de broncode hoeft dan niet gelijk te staan aan het verschaffen van inzicht in de werking van het algoritme. De vraag is of in die gevallen ook de verplichting bestaat om een gebrek aan inzicht te compenseren, bijvoorbeeld door een vereiste van uitlegbaarheid te stellen.

## Toezicht op autonoom toezicht

De *SyRI*-zaak laat niet alleen zien dat het analoge bestuursrecht normen aanreikt waaraan autonoom overheidsstoezicht kan worden getoetst (algemene beginselen van behoorlijk bestuur of fundamentele grondrechten), maar ook dat de rechter bereid is om die toetsing daad-

30. De rechtbank lijkt – in navolging van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (Raad van State 2018) – geen strikt onderscheid te hanteren tussen *deep learning* en zelflerende systemen. De rechtbank acht verder niet van belang of bij de verwerking van gegevens in *SyRI* sprake is van ‘*big data*’, nu deze term geen vastomlijnde definitie kent. Wel constateert zij dat in ieder geval een zeer grote hoeveelheid gegevens voor verwerking in *SyRI* in aanmerking komt (*SyRI*, r.o. 6.51 en 6.52).

31. *SyRI*, r.o. 6.85.

32. In TNO, *Quick scan AI in de publieke dienstverlening* (eindpresentatie 8 april 2019), werd het type technologie/AI van *SyRI* al omschreven als ‘onbekend’.

33. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 26643, nr. 570, p. 3-4, en p. 4-5 van de Richtlijnen voor het toepassen van algoritmes door overheden, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 26643 en 32761, nr. 641.

34. *SyRI*, r.o. 6.95.

35. Zie hierover ook p. 8 en 15 van de Richtlijnen voor het toepassen van algoritmes door overheden, waarin expliciet wordt overwogen dat ongeacht de complexiteit van het algoritme, transparantie of uitlegbaarheid in bepaalde gevallen onwenselijk kan zijn om ontwijkend of calculerend gedrag te voorkomen.



werkelijk te verrichten. Dat raakt aan de vraag wie eigenlijk toezicht moet houden op autonoom overheids-toezicht.

Die opgave ligt allereerst bij de toezichthoudende instanties zelf. Volgens de Afdeling advisering van de Raad van State kunnen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel, ‘de nodige richting’ geven indien bestuursorganen deze ‘op een juiste wijze’ interpreteren en toepassen in de relatie tussen burger en digitale overheid.<sup>36</sup> Met dit advies legt de Afdeling advisering de bal dus primair bij het bestuursorgaan zelf.<sup>37</sup> Dit sluit weliswaar goed aan bij de gedachte dat algemene beginselen van behoorlijk bestuur zich primair als bestuurlijke gedragsnormen tot bestuursorganen richten,<sup>38</sup> maar kan uiteraard tot de nodige rechtsonzekerheid leiden zolang de rechter het bestaan van die ‘op de juiste wijze geïnterpreteerde’ eisen niet heeft bevestigd.

In aanvulling op dit ‘zelftoezicht’<sup>39</sup> is de rechter zelf aan zet om een juiste interpretatie aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te geven. Daarbij is in geval van toezicht complicerend dat tegen een feitelijke toezichthandeling geen beroep bij de bestuursrechter open staat.<sup>40</sup> In het kader van een hierop volgend (sanctie)besluit kan de bestuursrechter zich wel uitspreken over de geoorlooftheid van een toezichthandeling. Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in de inmiddels befaamde *AERIUS*-jurisprudentie bepaald dat in geval van deels geautomatiseerde besluitvorming op bestuursorganen de verplichting rust om de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar te maken op een passende wijze zodat deze keuzes, gegevens en aannames voor derden toegankelijk zijn.<sup>41</sup> Deze jurisprudentie is, hoewel nog niet in de context van handhavingstoezicht toegepast, zeker ook relevant voor sanctiebesluiten die zijn gebaseerd op autonoom toezicht, omdat ook in die gevallen sprake is van (deels) geautomatiseerde besluitvorming.

Niettemin is de vraag opgeworpen of de rechter wel voldoende geëquipeerd is om een oordeel te vellen over de inzet van zelflerende algoritmen, ook in de context van autonoom toezicht.<sup>42</sup> Daarbij is allereerst de technische (en inherente) complexiteit van zelflerende algoritmen van belang. Dit gebrek aan expertise waardoor de rechter niet zelfstandig een oordeel zou kunnen vellen

over een autonoom toezichtstelsel, zou de rechter deels nog kunnen ondervangen met het inschakelen van deskundigen. Daarnaast is gewezen op de omstandigheid dat de bestuursrechter pas ‘aan de achterzijde’, dus nadat een besluit is genomen (en het kwaad dus is geschied), zich kan uitspreken over de toelaatbaarheid van autonoom toezicht. In zoverre laat de *SyRI*-zaak zien dat de civiele rechter soms meer rechtsbescherming kan bieden doordat de toezichtwetgeving als zodanig wordt aangevochten in plaats van een specifieke toezichthandeling die mogelijk (maar niet noodzakelijk) leidt tot een besluit dat bij de bestuursrechter kan worden aangevochten.

Voor zover een rechterlijk vacuüm dreigt, zou de wetgever een complementaire rol kunnen spelen. In dit verband is wel gewezen op de mogelijkheid van een wettelijke regeling voor het gebruik van algoritmen door de overheid.<sup>43</sup> De *SyRI*-zaak laat echter ook een andere kant van het optreden van de wetgever zien. Het is juist de wetgever die autonoom toezicht faciliteert door hiervoor een wettelijke grondslag te creëren en de rechter erkent in de *SyRI*-uitspraak ook de noodzaak om gebruik te maken van nieuwe technologieën.<sup>44</sup> Gegeven de bijzondere verantwoordelijkheid die op de wetgever rust ter bescherming van het privéleven van haar burgers, zou de wetgever echter explicieter aandacht moeten besteden aan het autonome of zelflerende karakter van moderne toezichtssystemen.

Vanwege deze dubbele rol van de wetgever en het bestuur is ook wel gepleit voor een afzonderlijke toezichthouder inzake het gebruik van algoritmen door de overheid.<sup>45</sup> Juist bij autonoom toezicht zou behoefte kunnen bestaan aan een dergelijke toezichthouder, vergelijkbaar met de Autoriteit Persoonsgegevens, omdat burgers zelf niet in staat zijn zich voldoende te verweren tegen dergelijk complex toezicht. Hoewel een definitief standpunt over deze kwestie nog moet worden ingenomen door het kabinet, is onlangs geadviseerd om in ieder geval voorlopig geen afzonderlijke toezichthouder aan te wijzen voor het toezicht op gebruik van algoritmen door de overheid, omdat het gebruik van algoritmen slechts een van de middelen is waarmee de overheid invulling geeft aan haar taken.<sup>46</sup>

## Slot: who guards the guardians?

De opkomst van – al dan niet autonoom – digitaal overheidstoezicht werpt de vraag op of de wijze waarop overheidstoezicht momenteel wordt genormeerd in het

36. Raad van State 2018, p. 12.

37. Opvallend daarbij is dat de Afdeling advisering van de Raad van State wel afzonderlijk wijst op het verschijnsel van zelflerende systemen (Raad van State 2018, p. 8-10), maar daaraan geen specifieke consequenties verbindt.

38. R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Onderwijseditie Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 333.

39. Feitelijk vormt de bezwaarprocedure tegen besluiten (art. 7:1 Awb) ook een vorm van zelftoezicht.

40. Op grond van art. 8:1 Awb staat tegen een besluit beroep open bij de bestuursrechter.

41. ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (PAS), r.o. 14.4.

42. Zie J.C.A. de Poorter en J. Goossens, ‘Rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming’, *NJB* 2019/2777, p. 3306-3307.

43. Zie bijvoorbeeld De Poorter en Goossens 2019, p. 3309.

44. *SyRI*, r.o. 6:4: ‘Nieuwe technologieën – waaronder digitale mogelijkheden om bestanden te koppelen en met behulp van algoritmen data te analyseren – bieden de overheid (meer) mogelijkheden om onderling gegevens uit te wisselen in het kader van hun wettelijke taak om fraude te voorkomen en te bestrijden. De rechtbank deelt het standpunt van de Staat dat die nieuwe technologische mogelijkheden ter voorkoming en bestrijding van fraude moeten worden benut.’

45. *Kamerstukken II* 2018/19, 26643, nr. 610.

46. *Bijlage bij Kamerstukken II* 2019/20, 26643, nr. 657.

bestuursrecht, voldoende kan worden toegesneden op de eigen aard van autonoom overheidstoezicht. Tot op zekere hoogte is het huidige bestuursrecht, althans de regeling inzake handhavingstoezicht, meer dan gemiddeld toegesneden op fysiek toezicht door natuurlijk personen. In zoverre is het bestuursrechtelijke handhavingstoezicht binnen het bestuursrecht bovengemiddeld analoog. Tegelijk biedt juist dit bestuursrechtelijke domein aanknopingspunten voor digitaal bestuursrecht, omdat juist handhavingstoezicht niet noodzakelijk betrekking hoeft te hebben op besluiten. Dat vergt echter wel de bereidheid van toezichthoudende instanties om de normering van digitale toezichthandelingen expliciet vorm te geven. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur vormen in dit verband de handschoen die toezichthoudende instanties kunnen oppakken.